

Sygn. akt: KIO/UZP 932/09

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Stręciwilk
Członkowie:	Klaudia Szczytowska - Maziarz
	Renata Tubisz
Protokolant:	Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Maszyn Górniczych PIOMA S.A.; ul. R. Dmowskiego 38; 97-300 Piotrków Trybunalski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. Bogdanka; 21 -013 Puchaczów**, protestu z dnia 18 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Linter Sp. z o.o., Łobzów 163; 32-340 Wolbrom**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Fabrykę Maszyn Górniczych PIOMA S.A.; ul. R. Dmowskiego 38; 97-300 Piotrków Trybunalski** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Fabrykę Maszyn Górniczych PIOMA S.A.; ul. R. Dmowskiego 38; 97-300 Piotrków Trybunalski**;
 - 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu

Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryki Maszyn Górniczych PIOMA S.A.; ul. R. Dmowskiego 38; 97-300 Piotrków Trybunalski.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę fabrycznie nowego przenośnika taśmowego (bez taśmy) o szerokości taśmy 1200 mm, przeznaczonego do pracy w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Fabrykę Maszyn Górniczych PIOMA S.A.; z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwaną dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 11 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 71-103408). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., zwaną dalej „*Zamawiającym*”.

W postępowaniu tym w dniu 12 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował *Odwołującego* o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty firmy Linter Sp. o.o. oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podstawą odrzucenia oferty *Odwołującego* było zaoferowanie realizacji przedmiotowego zamówienia w terminie do 3 miesięcy (minimum 90 dni) od dnia zawarcia umowy, podczas gdy Zamawiający w ogłoszeniu i SIWZ wymagał 12 tygodniowego (84 dni) terminu na wykonanie zamówienia.

W związku z tą informacją Zamawiającego *Odwołujący* w dniu 18 czerwca 2009 r. złożył do Zamawiającego protest, w którym wskazał na następujące naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) nie odrzucenie oferty firmy Linter Sp. z o.o.;
- 2) nie odrzucenie oferty Łamag S.A.;
- 3) nie odrzucenie oferty Konsorcjum Mifama S.A. i Vacat Sp. z o.o.;
- 4) wybór najkorzystniejszej oferty firmy Linter.

W ocenie *Odwołującego* wskazane czynności i zaniechania Zamawiającego wskazują na naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na nieodrzuconiu ofert firm: Linter Sp. z o.o., Wamag S.A. i Konsorcjum Mifama S.A. i Vacat Sp. z o.o., gdyż ich treść nie odpowiada SIWZ;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Linter Sp. z o.o., podczas gdy oferta tej firmy powinna być odrzucona.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

- 1) odrzucenie ofert firm: Linter Sp. z o.o., Wamag S.A, Konsorcjum firm Mifama S.A. i Vacat Sp. o.o. jako niespełniającej SIWZ;
- 2) ponowne rozpatrzenie oferty Odwołującego i wybór jej jako oferty jedynej spełniającej SIWZ.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na niezgodności kwestionowanych przez niego ofert, które odnosiły się do sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do oferty firmy Linter Sp. z o.o. Odwołujący wskazał na jej sprzeczność z wymogami określonymi w Części III, pkt III, ppktV.2a SIWZ, na podstawie którego do oferty powinna być dołączona dokumentacja użytkownika, a w tym między innymi, „instrukcję użytkownika (DTR)". W ofercie Linter Sp. z o.o. brak jest instrukcji użytkownika (DTR), a znajduje się tam jedynie skrócony opis techniczny z ogólnymi rysunkami, bez określenia pozycji rysunkowych i katalogu części.

Zgodnie z wymogami określonymi w Części III, pkt III, ppkt B.1 tiret 10 SIWZ, przedmiot dostawy miał spełniać warunek zabudowy w wyrobisku przedstawionym w załączniku 1. W opisie technicznym w ofercie Linter Sp. z o.o. brak jest rysunku zestawczego umożliwiającego sprawdzenie warunków zabudowy, jednak z przedstawionych rysunków wynika, że mając do dyspozycji odcinki proste równe 34 m z nachyleniem +0,9° oraz 50 m z nachyleniem +2,1° (zgodnie z przekrojem pionowym wz dłużej spągu -zał. nr 1). Wykonawca ten zaproponował zabudowę zespołów na tym odcinku jako zabudowę prostoliniową o długości -79,3 m, (nie uwzględnia załamania na spągu na tym odcinku, nie pokazuje jak rozwiązane jest prowadzenie taśmy) co – w ocenie odwołującego - nie pozwala na zabudowę w tym wyrobisku.

Zgodnie z wymogami określonymi w Części III, pkt III, ppkt B.2.f SIWZ, przenośnik powinien być wyposażony w mechanizm nadążnego napinania taśmy w trakcie rozruchu i hamowania. Przenośnik jest zlokalizowany w wyrobisku o nachyleniu średnim -3,5°. Aby zapewnić nadążność rozruchu i hamowania należało wykluczyć luzowanie taśmy w czasie rozruchu w taśmie dolnej oraz na wysypie (bęben wysięgnika) w czasie hamowania. Natomiast zaproponowany przez firmę Linter Sp. z o.o. układ nadążnego napinania taśmy jest stosowny w długich płaskich lub słabo wznoszących przenośników (pochylenie od -1° do

+6°), gdzie relacje sił w taśmie zawierają się w zakresie stosunku sił w taśmie przed i za napędem na stałym poziomie (od $i=2$ do $i=6$). W tym przenośniku stosunek sił jest zmienny i kształtuje się w przedziale od $i=0,25$ do $i=1,7$, a więc przedstawiona w ofercie Linter stacja – zdaniem Odwołującego - nie będzie działać, więc nie jest spełniony warunek nadażności.

Zgodnie z wymogami określonymi w Części III, pkt III, ppkt B.2.c tiret 4 SIWZ wysięgnik winien być wyposażony w uchwyty i ciągną łańcuchowe do podwieszenia stropu i rozparcia do spągu, tymczasem w ofercie Linter Sp. z o.o. – jak twierdzi Odwołujący - przenośnik taśmowy nie spełnia tego wymagania technicznego (brak ciągien do rozparcia do spągu na rysunku wysięgnika, brak opisu takiej możliwości w opisie wysięgnika) dla głównych podzespołów.

Wskazano również, że w wykazie części i zespołów niezbędnych do utrzymania ruchu urządzenia ze współczynnikiem niezawodności 0,95 Linter Sp. z o.o. oferuje przekładnię KB250 nie mając pewności, że nabędzie ją od producenta, a jedynym jej producentem jest FMG PIOMA S.A, tymczasem jeśli zostanie użyta przekładnia poremontowa to nie spełni warunku dostawy fabrycznie nowej. W napędzie zasobnika taśmy nie podano całkowitego wymiaru szerokości (żądane 2200mm) oraz przedstawiono ramę do kotwienia do spąg u zamiast ramy przystosowanej do posadowienia na palach fundamentowych. Zamawiający przyznał Linter Sp. z o.o. 11,63 punktów za unifikację zespołów, elementów konstrukcyjnych i wyposażenia zgodnego z przenośnikiem typu Pioma 1200 lub Gwarek 1200. Tymczasem złożone wraz z ofertą dokumenty, a w szczególności opis techniczny i rysunki nie dają – w ocenie Odwołującego - podstaw do takiej oceny, gdyż w dokumentach złożonych z ofertą nie podano szczegółowych wymiarów pozwalających na porównanie.

Odwołujący podniósł również, że firma Linter Sp. z o.o. zastosowała w swojej ofercie, układ nadażnego napinania, o którym mowa Części III, pkt III, ppkt B.2.c tiret 4 SIWZ, który jest chroniony patentem nr 165654, którego właścicielem jest Odwołujący, a Linter Sp. z o.o. nie otrzymała licencji na jego stosowanie -co jest naruszeniem praw osób trzecich.

Odnosząc się do oferty firmy Wamag S.A., Odwołujący podniósł, że oferta ta powinna zawierać, zgodnie z wymogami określonymi w Części III, pkt III, ppkt V.2a SIWZ, dokumentację użytkownika, a w tym między innymi, „instrukcję użytkownika (DTR)". Tymczasem wykonawca ten nie przedstawił „instrukcji użytkownika (DTR)", a jedynie skrócony opis techniczny z rysunkiem zestawczym bez określenia gabarytów zespołów, pozycji rysunkowych i katalogu części, co nie może być potraktowane jako wypełnienie wskazanego wymogu SIWZ.

Zgodnie z wymaganiami sprecyzowanymi w Części III pkt III ppkt B.2.f SIWZ, przenośnik powinien być wyposażony w mechanizm nadażnego napinania taśmy w trakcie rozruchu i hamowania. W ofercie Wamag S.A. nie zamieszczono żadnego dokumentu

(rysunku ani opisu), zawierającego dane pozwalające stwierdzić spełnienie tego wymogu. Wykonawca ograniczył się jedynie do złożenia w tym zakresie oświadczenia, że przenośnik posiada mechanizm nadążnego napinania taśmy.

Wątpliwości Odwołującego budziła także deklaracja Wamag S.A. dotycząca przekładni, o której mowa w Części III pkt III ppkt B.2.b tiret 2 SIWZ. Mianowicie, Wykonawca ten chce zastosować przekładnię o parametrach odpowiadających przekładni typu K1-KB250, tymczasem z wiedzy Odwołującego, który – jak wskazano – jest podmiotem produkującym przekładnie - wynika, że przekładnie typu K1-KB250 nie są produkowane i nie występują w obrocie. Podniesiono także, że załączone zestawienie przenośnika nie uwzględnia załącznika nr 1 czyli przedmiot przetargu nie jest umiejscowiony w wyrobisku.

Ponadto wskazano, że w opisie wysięgnika określono, że znajduje się on w oddaleniu od napędu i posiada własną konstrukcję wsporczą. Rysunek zestawieniowy przedstawia wysięgnik połączony z ramą napędu, który jest sprzeczny z przywołanym opisem.

W punkcie 5.5 opisu technicznego opisano zespół napinający wolnobieżny. Sama nazwa zespołu nie wskazuje, że może on być nadążny, gdyż nadążność napinania wiąże się z reakcją na szybko zmieniające się siły w taśmie. Ponad to wg dostępnych na rynku programów do obliczeń przenośników taśmowych wynika konieczność korekty sił napinania przy hamowaniu w punkcie bębna wysypowego, a oferent zlokalizował układ napinający za napędem (wg załączonego schematu przenośnika)

Zgodnie z Częścią III pkt III ppkt B.2.g tiret 1 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby zwrotnia była kompletna z hamulcem i z zasypem. Tymczasem w ofercie Wamag S.A. rysunek zestawczy stanowiący przedstawia zwrotnie bez układu hamującego oraz układ zasypu oddalony od zwrotni. Z powyższego Odwołujący wywodził, iż treść oferty firmy Wamag S.A. nie odpowiada treści SIWZ.

Co do oferty Konsorcjum firm Mifama S.A. i VACAT Sp. z o.o. Odwołujący wskazał na:

- brak rysunku zestawczego lokalizującego przenośnik w wyrobisku wg załącznika 1 do SIWZ;
- w opisie pętlicy jest mowa o 2 wózkach -napinającym napinania hydraulicznego i wózku wciągarki, w DTR przedstawiono natomiast pętlicę z jednym wózkiem;
- w nazwie rysunku 3 określono aktywną stację napinającą, a w opisie stwierdzono, że napęd 1x15kW służy do wstępnego napięcia taśmy, aby wydłużenia sprężyste wybierane były tylko przez układ napinający hydrauliczny;
- brak możliwości oceny gabarytów zespołów, ale napęd z bębniem fi 1025mm na rysunku ma wysokość ponad 2000 mm, a w SIWZ zapisano 1700mm;
- napęd zasobnika taśmy zaznaczono 2200mm jako wymiar zapoczątkowany wewnątrz konstrukcji zespołu (przenośnik miał być przystosowany do posadowienia na palach fundamentowych, a więc elementy kotwiące powinny być uwzględnione w gabarytach

stacji). Pale fundamentowe są ustawiane na rozstawie pętlicy, a stacja miała dawać możliwość zamontowania napędu z lewej lub z prawej strony bez konieczności demontażu bębna linowego i obracania ramy wraz silnikiem, co wymaga ramy symetrycznej.

Ponadto, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w Części III pkt III ppkt C SIWZ wskazał, iż Wykonawca ma dostarczyć przenośnik spełniający między innymi wymagania zawarte w:

1. rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 20 grudnia 2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn i elementów bezpieczeństwa, wdrażającego postanowienia dyrektywy 98/37WE (Dz. U. Nr 259, poz. 2170),
2. rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, wdrażającego dyrektywę 94/9/WE (Dz. U. Nr 263, poz. 2203).

Tymczasem w ofercie firmy Wamag S.A. załączono wzór deklaracji zgodności WE, w którym nie została umieszczona Dyrektywa 94/91WE. Podobną sytuację stwierdzono również w ofercie firmy Linter Sp. z o.o.

Podkreślono również, że złożona przez firmę Linter Sp. z o.o. oferta nie pozwala na ocenę przedmiotową wyposażenia elektrycznego do czego obligują zapisy SIWZ. Oferent ten w opisie wyposażenia elektrycznego wymienił podstawowe czujniki nie odnosząc się do układu automatyki i zasilania, które to inwestor opisał z użyciem branżowych typów urządzeń. W ocenie Odwołującego istnieje uzasadnione domniemanie, że ze względu na brak zestawienia materiałowego wyposażenia elektrycznego firma Linter Sp. z o.o. nie uwzględniła wymaganych zapisami SWZ urządzeń. Powyższy zarzut podniesiono również wobec ofert firm Wamag S.A. i Mifama S. A. Vacat Sp. z o.o.

Na marginesie wskazanych rozważań – jak sam podniósł w proteście Odwołujący - wskazano, że tylko oferta Odwołującego spełnia wymogi Części III SIWZ, tj. wymagania techniczne i serwisowe. Odwołujący przywołał podstawy odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, wskazując na omyłkowe określenie w jego ofercie terminu realizacji zamówienia (w SIWZ wymóg: do 12 tygodni od dnia zawarcia umowy, natomiast Odwołujący w ofercie zaoferował: do 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Podał, że owa pomyłka drukarska wynikała ze zmian wprowadzonych do formularza ofertowego oraz, że powstałe rozbieżności Zamawiający powinien był wyjaśnić zgodnie z art. 87 ustawy Pzp.

O złożonym proteście Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, wzywając ich jednocześnie do udziału w toczącym się postępowaniu protestacyjnym. Pismo to zostało firmie Linter Sp. z o.o. doręczone w tej samej dacie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego firma Linter Sp. z o.o. w dniu 22 czerwca 2009 r. złożyła do Zamawiającego przystąpienie do postępowania, wnosząc o oddalenie protestu z uwagi na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego, który w swoim proteście nie wniósł o jego przywrócenie do postępowania, a jedynie o ponowną ocenę ofert bez wskazania przyczyn. Podkreślił zasadność czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Odniósł się również do zarzutów dotyczących jego oferty wskazując, że spełnia ona wymogi SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający odniósł się do zarzutów wobec oferty firmy Linter Sp. z o.o. Podniósł, że co do pierwszego zarzutu przedłożone przez Linter Sp. z o.o. instrukcja obsługi i użytkowania pozwala na ocenę oferowanego urządzenia i pozwala Zamawiającemu uznać, że oferta tej firmy spełnia postawione wymogi w tym zakresie.

Co do drugiego zarzutu Zamawiający podniósł, że w rozwiązaniu zaproponowanym przez Linter Sp. z o.o. został uwzględniony przekrój pionowy wzdłuż spąg u chodnika odstawkowego. W rozwiązaniu przyjęto między innymi niwelację posadowienia na palach fundamentowych regulowanych. Według oceny Zamawiającego zaproponowane przez Linter Sp. z o.o. rozwiązanie pozwala na zabudowę przenośnika w tym wyrobisku.

Co do trzeciego zarzutu - zdaniem Zamawiającego - układ nadążnego napinania taśmy pozwala na prawidłową pracę przenośnika i spełnia wymogi SIWZ w tym zakresie.

Co do czwartego zarzutu Zamawiający podniósł, że w rozwiązaniu Linter wysięgnik posiada ucha znajdujące się w każdym segmencie wysięgnika pozwalające zarówno na podwieszenie jak i rozparcie do spągu. Wysięgnik będzie wyposażony w cięgna zgodnie z SIWZ.

Co do piątego zarzutu Zamawiający oświadczył, że w wykazie części i zespołów niezbędnych do utrzymania ruchu, Linter Sp. z o.o. oferuje zastosowanie przekładni równoważnej do przekładni typu KB250, fabrycznie nowej spełniającej wymagania SIWZ.

Co do szóstego zarzutu Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż rama nie jest elementem stacji napinającej a pętlicy. Podany wymiar jest mniejszy od 2200 mm. Zatem rama ma możliwość mocowania zarówno do pali fundamentowych jak i kotwienia.

Co do siódmego zarzutu Zamawiający podniósł, że oceniając to kryterium posługiwał się danymi zawartymi w tabeli stanowiącej Załącznik Nr 3 do formularza oferty.

Co do ósmego zarzutu Zamawiający uznał stanowisko Linter Sp. z o.o., że zastosowany układ nadażnego napinania jest własnym rozwiązaniem Linter Sp. z o.o., objętym tajemnicą firmy, a ponadto nie jest chroniony jak sugeruje Odwołujący patentem nr 165654, którego jakoby jest właścicielem. Właścicielem patentu 165654 jest Przemysłowy Instytut Maszyn Rolniczych z Poznania, a przedmiotem patentu jest wał przegubowo-teleskopowy ze sprzęgłem bezpieczeństwa. Linter Sp. z o.o. – w ocenie Zamawiającego - w swojej ofercie nie stosuje rozwiązania wymienionego przez Piomę w patencie nr 165654.

Wobec braku potwierdzenia się zarzutów co do firmy Linter Sp. z o.o., Zamawiający postanowił nie odnosić się do zarzutów stawianych wobec ofert pozostałych wykonawców (Wamag S.A. oraz Konsorcjum firm Mifama S.A. i Vacat Sp. z o.o.) jako, że oddalenie wszystkich zarzutów pod adresem oferty najkorzystniejszej konsumuje pozostałe zarzuty protestu w tym sensie, że nawet ich uwzględnienie nie zmieniliby sytuacji Odwołującego oraz innych wykonawców w niniejszym postępowaniu.

Na marginesie rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że postanowił odnieść się do kwestii istnienia interesu prawnego Odwołującego, którego oferta została odrzucona w postępowaniu, a czynność ta nie została oprotestowana. Mimo wątpliwości, co do istnienia interesu prawnego po stronie Odwołującego, Zamawiający zaznaczył, że postanowił mimo to protest rozstrzygnąć.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 6 lipca 2009 r. (data nadania w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie, którego kopia w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący wskazał na następujące naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na nie odrzuceniu ofert firm: Linter Sp. z o.o., Wamag S.A. i konsorcjum Mifama S.A. i Vacat Sp. z o.o., gdy treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Linter Sp. z o.o., gdy oferta ta winna zostać odrzucona jako, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego mimo, że zachodził przypadek wskazany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie ponownego rozpatrzenia ofert i odrzucenia ofert firm Linter Sp. z o.o., Wamag S.A. i Konsorcjum firm Mifama S.A. i Vacat Sp. z o.o. jako nie spełniających warunków SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz wybór oferty Odwołującego jako jedynej spełniającej wymogi SIWZ;

i alternatywnie o

- 2) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp w razie stwierdzenia, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podtrzymał dotychczasową argumentację dotyczącą zasadności odrzucenia wskazanych ofert. Jednocześnie też wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę, podczas gdy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien był poprawić omyłkę dotyczącą terminu wykonania zobowiązania z „miesiący” na „tygodnie” jako, że nie była to omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 21 lipca 2009 r. (pismo z dnia 17 lipca 2009 r.) zgłosiła swoje przystąpienie firma Linter Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść protestu i odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego i jego uczestnika, zawarte w złożonych pismach i w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odnosząc się do rozpatrywanego przez Izbę odwołania należało stwierdzić, że nie zasługuje ono na uwzględnienie z uwagi na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego do skorzystania w tym przypadku ze środków ochrony prawnej. Odwołujący nie wykazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu wykonawca, który korzysta ze środków ochrony prawnej, w tym zarówno na etapie protestu, jak i odwołania, powinien wykazać, że:

- 1) zamawiający dopuścił określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp;
- 2) jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku;

- 3) zachodzi związek przyczynowy pomiędzy wykazywanym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a sytuacją wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej, związaną z pozbawieniem go, bądź możliwością pozbawienia go w przyszłości, uzyskania danego zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby nie zostały wypełnione dwie ze wskazanych powyżej przesłanek – brak uszczerbku w interesie prawnym związanym z uzyskaniem zamówienia oraz brak wykazania związku pomiędzy wskazywanymi naruszeniami, a ich wpływem na możliwość uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia. W niniejszym przypadku - w ocenie Izby – to sam Odwołujący pozbawił się możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, poprzez z jednej strony nierzetelne przygotowanie swojej oferty w postępowaniu, z drugiej zaś, poprzez rezygnację z przysługującego mu prawa do skutecznego kwestionowania zasadności odrzucenia jego oferty w postępowaniu na etapie protestu. Podnoszone przez niego zarzuty na etapie złożonego protestu w żaden sposób nie gwarantują mu choćby nikłej szansy na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, skoro oferta ta została odrzucona, a Odwołujący zrezygnował z zaskarżenia tej czynności Zamawiającego.

Podnieść należy, że Izba, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez podmiot korzystający z prawa do odwołania przesłanki materialnoprawnej, wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przesłanka ta podlega sprawdzeniu - tak na etapie złożenia przez wykonawcę protestu, jak i na etapie składania odwołania – faktycznej, czy też potencjalnej możliwości uzyskania przez tego wykonawcę zamówienia w kontekście naruszeń przepisów ustawy Pzp, wykazywanych przez niego we wnoszonym środku ochrony prawnej. W niniejszej sprawie oczywistym stało się, że na etapie złożenia do Zamawiającego protestu Odwołujący nie posiadał interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów dotyczących konieczności odrzucenia ofert swoich konkurentów w postępowaniu bowiem nie podniósł on formalnie zarzutu dotyczącego niezasadności odrzucenia swojej oferty przez Zamawiającego. Brak kwestionowania odrzucenia swojej oferty przez Zamawiającego skutkowało faktycznym pozbawieniem się przez Odwołującego jakichkolwiek szans na uzyskanie niniejszego zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można uznać za skuteczne podnoszenie w proteście zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego wskazania w ramach żądań Odwołującego wniosku o ponowne rozpatrzenie jego oferty i jej wybór w postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 8 ustawy Pzp protest winien wskazywać na oprotestowaną czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz zawierać żądanie i przytoczenie zarzutów, jak również przywołanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających jego

wniesienie. W niniejszej sprawie Odwołujący miał świadomość konieczności przywołania tak zarzutów, jak i żądań, co wyraźnie rozdzielił w treści protestu (str. 2 protestu). Wśród podnoszonych zarzutów wskazał jednak wyłącznie na zarzut wyboru oferty nienajkorzystniejszej oraz nieodrzuconie ofert firm: Linter Sp. z o.o., Wamag S.A. i Konsorcjum Mifama S.A. i Vacat Sp. z o.o. Zatem wśród zaskarżonych przez Odwołującego w proteście czynności i zaniechań nie pojawia się czynność odrzucenia jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, a więc naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do Odwołującego.

Za podnoszony zarzut nie można również uznać lapidarnego fragmentu uzasadnienia protestu na str. 3, gdzie Odwołujący przywołał tak naprawdę stan faktyczny związany z informacją Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazał, że jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego jako sprzeczna z SIWZ, podając też uzasadnienie faktyczne dokonanej przez Zamawiającego czynności. Nie sformułował jednak w tym zakresie konkretnego zarzutu, tj. nie podniósł, że czynność ta jest sprzeczna i stanowi naruszenie konkretnych przepisów ustawy Pzp. Co najwyżej ze sformułowania, że: *„powstałe rozbieżności Zamawiający powinien wyjaśnić zgodnie z art. 87 ustawy Pzp”* możnaby ewentualnie wywodzić, że Odwołujący w proteście wskazał na zaniechanie Zamawiającego, polegające na braku żądania przez niego wyjaśnień dotyczących treści jego oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut ten na etapie odwołania nie był jednak podtrzymany, dlatego też nie podlega rozpatrzeniu. Z drugiej strony zarzut podnoszony na etapie odwołania dotyczący zaniechania przez Zamawiającego, polegającego na braku poprawienia omyłki w jego ofercie wskazującej na niezgodność oferty z treścią SIWZ, która to omyłka nie powoduje istotnej zmiany w treści SIWZ, czyli zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, jak i w tym kontekście podnoszony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - stosownie do dyspozycji przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, z racji braku poprzedzenia go protestem nie mogą być rozpatrzone przez Izbę. Wyrażna próba konwalidowania przez Odwołującego zakresu podnoszonych przez siebie zarzutów dopiero na etapie odwołania nie może być uznana za skuteczną.

Uwzględniając wskazane okoliczności stwierdzić należy, że brak wypełnienia dyspozycji przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje koniecznością oddalenia odwołania bez merytorycznego odnoszenia się do podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Na podstawie przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia uwzględniono również uzasadnione koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ograniczając ich wysokość na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku do kwoty 3 600 zł, określonej w przepisach przywołanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....